

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION PRIMERA

Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de julio de dos mil catorce (2014)

Rad. Núm.: 25000 2324 000 **2002 00456 02**

Actor: VALTRONIK S.A.

Demandado: Distrito Capital – DAMA (hoy Secretaria Distrital de Ambiente)

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante, contra la sentencia del 28 de noviembre de 2011, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda.

I.- COMPETENCIA

De conformidad con lo expuesto en el artículo 237 de la Constitución Política y de lo previsto en los artículos 11, 13, 34, 36, 39 y 49 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, así como de lo expuesto en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo y del artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 expedido por la Sala Plena de esta Corporación, el Consejo de Estado es competente para conocer del asunto de la referencia:

II.- ANTECEDENTES

2.1. LA DEMANDA

En ejercicio de la acción establecida en el artículo 85 del C.C.A. la sociedad VALTRONIK S.A., actuando a través de apoderado, solicitó al Tribunal que en proceso de primera instancia accediera a las siguientes

Rad. Núm.: 25000 2324 000 2002 00456 02
Actor: VALTRONIK S.A.

2.2. Pretensiones

- “1.- Que son nulas las Resoluciones: 0034 de enero 13 de 2002 por medio de la cual el Distrito Capital de Bogotá a través del DAMA confirma en todas sus partes la Resolución 763 de junio 4 del 2001 del DAMA; 763 de julio 4 del 2001 por medio de la cual el Distrito Capital de Bogotá a través del DAMA resuelve modificar la Resolución 232 del 14 de febrero de 2001 y en consecuencia ordena el desmote de todos los elementos de publicidad, junto con las estructuras que los soportan, de propiedad de la empresa Valtrónik S.A. en el Distrito Capital de Bogotá; y 232 del 14 de febrero de 2001 por medio de la cual el Distrito Capital de Bogotá a través del DAMA impone una multa y ordena el desmonte de publicidad junto con la estructura que lo soporta.*
- 2.- Que como consecuencia de la anterior declaración de nulidad se restablezca en su derecho a Valtronik y se condene al Distrito Capital de Bogotá por perjuicios de la ilegalidad de la expedición de los actos administrativos se derivaron para Valtrónik S.A. por concepto de daño emergente y lucro cesante, por las sumas de dinero que se prueban dentro del proceso.*
- 3.- Que se ajuste el valor de las condenas anteriores al tenor de lo dispuesto por el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.”¹*

2.3.- Hechos

a.- Valtrónik S.A. es propietaria de informadores electrónicos que se encuentran instalados en diferentes partes de la ciudad de Bogotá D.C. Tales informadores emiten temporalmente y por encargo de las autoridades públicas mensajes educativos, culturales, deportivos.

b.- El Departamento Administrativo del Medio Ambiente del Distrito Capital (en adelante DAMA) ha manifestado que los informadores electrónicos son publicidad exterior que genera contaminación visual y por ello impuso sanciones de carácter ambiental a la actora.

¹ Folio 216 del Cuaderno del Tribunal.

Rad. Núm.: 25000 2324 000 2002 00456 02
Actor: VALTRONIK S.A.

c.- La sanción consistió en suspender y bajar todos los informadores electrónicos habida cuenta del incumplimiento de las normas sobre publicidad exterior visual.

2.4.- Normas violadas

La demandante considera que con la expedición del acto acusado fueron violadas las siguientes normas: artículo 1º de la Ley 140 de 1994, artículos 4 y 18 de la Ley 23 de 1973, parágrafo 3 del artículo 85 y parágrafo del artículo 4 de la Ley 99 de 1993, artículo 8º del Decreto 1768 de 1994 y artículos 197 y siguientes, 213 y 214 del Decreto 1594 de 1984.

2.5.- Concepto de Violación

Primer cargo: Violación del artículo 1º de la Ley 140 de 1994

La demandante señala que la información se publicaba por encargo de distintas autoridades públicas, que la misma era de carácter temporal, educativa, cultural o deportiva, y que en esa medida no podía catalogarse como publicidad exterior visual, so pena de desconocer lo previsto en la citada disposición.

Segundo cargo: Violación del artículo 4º de la Ley 23 de 1973

Indica que no existe dentro del ordenamiento jurídico ninguna ley que determine el nivel, cantidad o concentración de información que dé lugar a concluir que existe contaminación visual, de modo que el DAMA no podía

Rad. Núm.: 25000 2324 000 2002 00456 02
Actor: VALTRONIK S.A.

imponer una sanción invocando la desatención de esos niveles.

Tercer cargo: Violación del artículo 18 de la Ley 23 de 1973

Asegura que el demandado no aportó prueba que acreditara la presunta contaminación visual desconociendo lo dispuesto en el artículo 23 de la enunciada Ley.

Cuarto cargo: Violación del artículo 85 de la Ley 99 de 1993

Arguye que la única norma ambiental que regula el trámite de imposición de sanciones es el Decreto 1594 de 1989, luego mal puede invocarse la Ley 99 de 1993 para esos efectos, dado que ésta se refiere únicamente a las sanciones imponibles.

Quinto cargo: Violación del párrafo del artículo 4º de la Ley 99 de 1993, artículo 8º del Decreto Ley 1768 de 1994 y de los artículos 213 y 214 del Decreto 1594 de 1984

Para la actora es claro que el DAMA debió tramitar el recurso de apelación habida cuenta de que tiene un superior jerárquico. Fundamentó tal afirmación sosteniendo que el artículo 4º de la Ley 99 de 1993 determina un orden jerárquico y descendente que modifica las normas establecidas en el Código Contencioso Administrativo toda vez que las decisiones en materia ambiental trascienden los límites geográficos y políticos de un territorio. Así pues, dada la concurrencia de competencias entre entes descentralizados por servicios y territorialmente, la citada norma establece un orden jerárquico donde el Ministerio del Medio Ambiente ocupa la cúspide, le

Rad. Núm.: 25000 2324 000 2002 00456 02
Actor: VALTRONIK S.A.

siguen las Corporaciones Autónomas, Departamentos, Distritos y Municipios.

El artículo 8º del Decreto Ley 1768 de 1994 es consonante con tal posibilidad al disponer que los recursos contra los actos sancionatorios se conceden en el efecto devolutivo.

A su turno, el Decreto 1594 de 1984 consagra expresamente que el recurso de apelación procede cuando la decisión sancionatoria no es expedida por el Ministerio de Ambiente.

Todas las disposiciones anotadas dan lugar a afirmar que el DAMA vulneró el derecho al debido proceso por no haber concedido el recurso de apelación.

III.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado del **Distrito Capital – Departamento Administrativo del Medio Ambiente** consideró necesario replantear los hechos que dieron lugar a la imposición de las sanciones que ahora controvierte la sociedad VALTRONIK S.A., de la siguiente forma:

- Informó que en el mes de marzo de 1982 la demandante presentó al Distrito una oferta para instalar quince (15) informadores electrónicos en la ciudad. Allí indicó que se responsabilizaría de los equipos por veinte (20) años como mínimo y de velar por su correcto funcionamiento.
- Mediante Resolución No. 154 del 21 de mayo de 1982 el Comité Asesor

Rad. Núm.: 25000 2324 000 2002 00456 02
Actor: VALTRONIK S.A.

de Estética y Amoblamiento Urbano del Distrito autorizó la instalación de las quince (15) unidades electrónicas con vigencia de un (1) año.

- Desde la citada fecha hasta el año 2000 varias entidades públicas y privadas del orden nacional y distrital solicitaron a la actora la inserción de anuncios en los informadores electrónicos.

- El 5 de diciembre de 2000 la Defensoría del Espacio Público del Distrito Capital radicó en el DAMA el Oficio No. 2000ER35351 solicitando se determinara si la publicidad expuesta en los informadores de VALTRONIK S.A. son o no publicidad exterior, y si se ajustan a la ley. En tal oficio dio cuenta de que el permiso otorgado a la actora había expirado el 19 de junio de 1986 y que tales aparatos electrónicos no estaban al servicio, uso y disfrute del público por cuanto los mensajes que aparecen son comerciales y ocupan más del 30% del tamaño del informador.

- Ante tal comunicación la sociedad demandante aseveró que los informadores no eran publicidad exterior visual porque hubo encargo de autoridades públicas para colocar información educativa, cultural, cívica y de interés general.

Alude a que los contratos se han renovado de manera automática dando aplicación a la figura de la *“tácita reconducción de los contratos”* prevista en el artículo 2014 del Código Civil.

Agrega que en la respuesta de la actora se expresó que los informadores electrónicos no se podían considerar como simples vallas y que su presencia estaba legitimada en el Resolución No. 154 de 1982 que aprobó

Rad. Núm.: 25000 2324 000 2002 00456 02
Actor: VALTRONIK S.A.

la oferta general de VALTRONIK S.A. por veinte (20) años.

- Mediante requerimiento No. 30041 del 30 de noviembre de 2000 el DAMA le informó a la demandante que los informadores no cumplían con lo dispuesto en el literal a) artículo 5º, literal d) artículo 11 y artículo 30 del Decreto 959 de 2000, y que concedía término para que rindiera sus descargos.

- Presentados los descargos² y respondidos por el DAMA confirmando la adecuación jurídica mediante Oficio No. 2000ER31201 del 13 de diciembre de 2000, VALTRONIK S.A. presenta nuevamente escrito justificando la instalación de los informadores electrónicos, respecto de lo cual el DAMA confirma el contenido del requerimiento inicial³.

- Radicado un nuevo escrito la actora reitera los argumentos expuestos en los anteriores documentos⁴, en atención a los cuales el DAMA expide la Resolución No. 232 el 14 de febrero de 2001 en la que ordena el desmonte de los informadores electrónicos e impone una multa.

- La demandante interpone recurso de reposición y en subsidio apelación, siéndole resuelto mediante Resolución No. 763 del 4 de junio de 2001 confirmando la anterior decisión.

- Inconforme la actora, interpuso recurso de reposición contra la Resolución No. 763 de 2001, siendo confirmada mediante Resolución No. 0034 del 13

² El 7 de diciembre de 2000 con el número 2000ER35736.

³ Oficio 2001EE724 del 10 de enero de 2001.

⁴ Radicado 2001ER1699 del 18 de enero de 2001.

Rad. Núm.: 25000 2324 000 2002 00456 02
Actor: VALTRONIK S.A.

de enero de 2002, que a su vez declaró agotada la vía gubernativa.

- Ante la renuencia de VALTRONIK S.A. de desmontar los informadores, el DAMA procedió a hacerlo.

- La actora presenta derecho de petición el 6 de marzo de 2002 solicitando al DAMA que se abstenga de retirar los informadores. Tal solicitud fue respondida por el DAMA indicándole que no era procedente acceder a sus pretensiones.

Como razones de defensa manifiesta:

- En relación con el cargo de violación del artículo 10 de la Ley 140 de 1994, sostuvo que los informadores electrónicos de la firma Valtrónik S.A., pese a transmitir información de tipo educativo y cultural por encargo de distintas entidades del Distrito, incumplían con lo dispuesto por el Decreto 959 de 2000, pues el literal a) del artículo 5° prohíbe que se ponga publicidad visual exterior en áreas que constituyan espacio público, de conformidad con normas distritales y con la Ley 9 de 1989.

Dichos informadores también transgredían lo dispuesto por el literal d) del artículo 11 del Decreto en mención, según el cual los tableros o vallas electrónicas podrán instalarse excepcionalmente sobre el espacio público de acuerdo con el reglamento que el Alcalde Mayor expida para el caso.

Aseguró que el Alcalde Mayor no ha expedido ningún reglamento, ni autorizó expresamente la colocación de los tableros electrónicos de Valtrónik S.A.

Rad. Núm.: 25000 2324 000 2002 00456 02
Actor: VALTRONIK S.A.

Sostuvo que los tableros electrónicos de la firma Valtrónik S.A. excedían el 10% permitido por el Decreto 959 de 2000 para hacer anuncios publicitarios por fuera del tablero electrónico. Incluso exceden el 30% permitido por la Ley 140 de 1994.

Afirmó igualmente que los informadores electrónicos de Valtrónik S.A. se encontraban en espacio público sin la debida autorización del Alcalde Mayor.

Señaló que el procedimiento relativo a la publicidad visual exterior está relacionado en el Decreto Distrital No. 959 de 2000 por lo que no era aplicable lo dispuesto por el Decreto 1594 de 1984 como lo pretende la parte actora.

- En lo que hace a la vulneración de lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 23 de 1973 afirmó que cuando la Ley 140 de 1994 y el Decreto 959 de 2000 regulan las formas de ubicar publicidad visual exterior, están determinando implícitamente cuándo existe contaminación ambiental de este tipo.

- En cuanto al desconocimiento del artículo 18 de la Ley 23 de 1973 expresó que la razón para desmontar los informadores de propiedad de la actora fue la ubicación de los mismos sobre espacio público sin la autorización del Alcalde Mayor requerida para esos efectos.

- Adujo que en desarrollo del principio de especialidad el Decreto 959 de 2000 reglamentó en el Distrito Capital todo lo relacionado con publicidad exterior visual, determinando el procedimiento aplicable en caso de presentarse infracciones, procedimiento que agotado dio lugar a sancionar a la empresa VALTRONIK S.A. y por ende no hubo desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley 99 de 1993.

Rad. Núm.: 25000 2324 000 2002 00456 02
Actor: VALTRONIK S.A.

- Finalmente, en lo que hace a la presunta vulneración de los artículos 4º párrafo de la Ley 99 de 1993, 8 del Decreto Ley 1768 de 1994 y 213 y 214 del Decreto 1594 de 1984 aseguró que dentro del Distrito Capital, los Secretarios del Despacho y los Directores de Departamento Administrativo en cuanto a las decisiones adoptadas en ejercicio de facultades otorgadas por la ley o reglamento no tienen superior funcional, por lo que no procede el recurso de apelación para agotar la vía gubernativa.

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El agente del Ministerio Público no rindió concepto en el proceso de la referencia.

V.-LA SENTENCIA APELADA

El **Tribunal Administrativo de Cundinamarca** mediante sentencia del 28 de noviembre de 2011 negó las pretensiones de la demanda. Como fundamento de su decisión tuvo en cuenta los siguientes argumentos:

5.1.- Comenzó por analizar cada uno de los cargos propuestos por la sociedad VALTRONIK S.A., comenzando por la violación del artículo 1º de la ley 140 de 1994⁵, respecto de lo cual sostuvo que las normas invocadas

⁵ Allí la actora sostuvo que la información de carácter temporal, educativa, cultural o deportiva emitida por encargo de autoridades públicas, que puedan incluir mensajes comerciales, no son publicidad exterior visual, y que por tanto el DAMA no podía fundarse en acuerdos y decretos de carácter distrital para catalogar sus informadores como publicidad exterior visual.

Rad. Núm.: 25000 2324 000 2002 00456 02
Actor: VALTRONIK S.A.

por el DAMA⁶ para exigir el cumplimiento de los deberes a la actora e imponer las sanciones que se discuten ya han sido valoradas por el Consejo de Estado⁷ declarando la legalidad del artículo 11 literal d) del Decreto 959 de 2000, tal y como se extrae del pronunciamiento que se transcribe a continuación:

“Respecto del artículo 11, literal d), modificado por el artículo Quinto, literal d), del Acuerdo 12 de 2000 del mencionado Concejo, tampoco se observa oposición alguna con el artículo 1º de la Ley 140 de 1994 por la sencilla razón de que aquél se ocupa del uso de una forma de uno de los medios utilizados para la publicidad visual exterior, como son las vallas o tableros electrónicos, tema mucho más delimitado o específico que el regulado en ese último precepto legal.

En ese orden, las limitaciones o porcentajes de áreas susceptibles de utilizar para publicidad comercial están referidos a circunstancias y objetos distintos, pues en la norma reglamentaria se circunscriben a las vallas o tableros electrónicos, independientemente de su contenido; mientras que en la norma legal está referida a la información temporal de carácter educativo, cultural o deportivo que coloquen las autoridades públicas u otras personas por encargo de éstas, y si bien esta información puede estar contenida en cualquier forma o clase de vallas, incluyendo las electrónicas, conviene advertir que la Ley 140 de 1994 no se ocupa de esa específica forma de valla o tablero.

En esas circunstancias, para valorar jurídicamente la norma acusada, sirve tener en cuenta que el artículo 1º de la citada ley, con otros más de la misma, fue declarado exequible por la Corte Constitucional de manera condicionada, así:

“Declarar EXEQUIBLES los artículos 1o., 3o., 6o, 11 y 15 de la Ley 140 de 1994, en el entendido de que se trata de una legislación nacional básica de protección al medio ambiente que, de acuerdo al principio de rigor subsidiario, puede ser desarrollada de manera más estricta por los concejos distritales y municipales, y por las autoridades de los territorios indígenas, en virtud de sus competencias constitucionales propias para dictar normas para la

⁶ La administración por su parte fundamentó sus actuaciones y su defensa en los artículos 5 y 11 literal d) del Decreto 959 de 2000 “Por el cual se compilan los textos del Acuerdo 01 de 1998 y del Acuerdo 12 de 2000, los cuales reglamentan la publicidad exterior Visual en el Distrito Capital.

⁷ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 25 de septiembre de 2008. Radicación número: 25000-23-24-000-2002-00850-01. Consejero ponente: Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

Rad. Núm.: 25000 2324 000 2002 00456 02
Actor: VALTRONIK S.A.

protección del paisaje, conforme a lo señalado por los artículos 313 y 330 de la Carta.”⁸

Condujeron a esa decisión, entre otras, las siguientes consideraciones:

“...varios artículos de la Ley 140 de 1994 [8 y 10] son inconstitucionales si se interpretan como una regulación exhaustiva del tema de la publicidad exterior visual, por cuanto implican un vaciamiento de la competencia de las entidades territoriales en este campo. Sin embargo, algunas de esas normas se ajustan a la Carta si se las interpreta, conforme a lo señalado en los fundamentos No 15 y 19 de esta sentencia, no como una normatividad integral que limita la competencia de los territorios indígenas y los concejos municipales y distritales sino como una regulación nacional básica destinada a proteger el derecho al paisaje de todos los colombianos, la cual, en virtud del principio de rigor subsidiario, puede ser potenciada y desarrollada por los concejos municipales y por las autoridades de los territorios indígenas.

Ahora bien, esta Corporación ha señalado que uno de los criterios que debe orientar sus decisiones es el llamado "principio de la conservación del derecho", según el cual los tribunales constitucionales deben siempre buscar conservar al máximo las disposiciones emanadas del Legislador, en virtud del respeto a las mayorías democráticas. Además, en este caso, la conservación del trabajo del Legislador hasta donde sea compatible con la Carta encuentra sólido sustento constitucional en el deber del Estado de proteger el medio ambiente en general, y el paisaje en particular, por lo cual debe Corte evitar la creación de un vacío de regulación que pudiese afectar el derecho de las personas a un medio ambiente sano (CP arts 79 y 80). Por consiguiente, la Corte concluye que procede la declaratoria de constitucionalidad condicionada, y no de inexequibilidad, en aquellos casos en que sea posible interpretar los artículos acusados de la Ley 140 de 1994 de manera conforme a la Carta, esto es, como una regulación básica que, de acuerdo al principio de rigor subsidiario, no afecta la competencia constitucional propia en esta materia de los territorios indígenas y de los concejos municipales y distritales. Con tal criterio, entra la Corte a analizar específicamente las disposiciones acusadas.”

Y específicamente respecto del artículo 1º de la ley en comento en esa sentencia dijo que “Según la actora, esa disposición es inexecutable pues vacía la competencia de los municipios y territorios indígenas, ya que sugiere que es únicamente la ley la que regula las condiciones de realización de la publicidad exterior visual en todo el territorio colombiano.”; pero que “...considera que el

⁸ Sentencia C-535 de 1996, de la Corte Constitucional, magistrado ponente doctor Alejandro Martínez Caballero.

Rad. Núm.: 25000 2324 000 2002 00456 02
Actor: VALTRONIK S.A.

cargo de la actora es válido, si se entiende que la normatividad legal es exhaustiva, y excluye regulaciones más rigurosas por las entidades territoriales. Pero, en cambio, la norma se ajusta a la Constitución si se considera que ella es una regulación nacional básica que, en virtud del principio de rigor subsidiario, puede ser desarrollada de manera más estricta por los concejos distritales y municipales, y por los territorios indígenas, en virtud de sus competencias constitucionales propias para dictar normas para la protección del paisaje, señaladas por los artículos 313 y 330 de la Carta.”

De modo que atendiendo ese alcance dado por la Corte Constitucional a la normatividad de la Ley 140 de 1994 que quedó vigente después de la sentencia reseñada, incluyendo su artículo 1º, la Sala no encuentra que a éste se oponga la limitación a un máximo de 10% del área externa al tablero electrónico para anuncios publicitarios por quien patrocine su colocación, menos aún cuando el uso concebido por la autoridad distrital para ese específico medio es puramente informativo en materia cultural, cívica, social y similares; y su estructura, diseño y dimensiones no corresponden a las vallas propiamente dichas, como quiera que éstas pueden tener un área hasta de 48 metros cuadrados, mientras que tales tableros no pueden exceder de 8 metros cuadrados.

Esas circunstancias explican y justifican que en lo concerniente al punto del área utilizable para anuncios comerciales la autoridad distrital adopte la regulación que a su juicio sea la conveniente a fin de cumplir los fines u objetivos de la Ley 140 de 1994, señalados en su artículo 2º, esto es, mejorar la calidad de vida de los habitantes del país, mediante la descontaminación visual y del paisaje, la protección del espacio público y de la integridad del medio ambiente, la seguridad vial y la simplificación de la actuación administrativa en relación con la Publicidad Exterior Visual; cuya imperatividad destaca el mismo artículo en su inciso segundo al disponer que esos objetivos siempre deben tenerse en cuenta en la aplicación e interpretación de la Ley”.

5.2.- En relación con los cargos segundo y tercero advirtió que de la lectura de las resoluciones atacadas se podía concluir que la decisión de la administración de ordenar el desmonte de los informadores electrónicos de Valtrónik S.A. y de imponer una multa, obedeció a que los mismos se encontraban en espacio público y no contaban con una autorización del Alcalde Mayor de Bogotá D.C. transgrediendo los mandatos contenidos en los artículos 5 y 11 literal d) del Decreto 959 de 2000.

Rad. Núm.: 25000 2324 000 2002 00456 02
Actor: VALTRONIK S.A.

5.3.- En lo que hace a las normas que regulan el procedimiento sancionatorio el Juzgador de Primera Instancia llamó la atención sobre la existencia de una norma especial sobre la publicidad exterior visual que es la contenida en el Decreto 959 de 2000 en el que se consagra el régimen sancionatorio y el procedimiento que se debe seguir. En tal orden, no es posible dar aplicación a lo dispuesto por el artículo 85 de la Ley 99 de 1993, como lo pretende la parte actora.

5.4.- Finalmente, en relación con la vulneración al debido proceso por la inexistencia del grado de apelación de las decisiones que se censuran, el *a quo* se remitió a lo dispuesto en el artículo 50 del C.C.A., en el cual se establece la improcedibilidad del recurso de apelación en contra de los actos de los ministros, jefes de departamentos administrativos, etc., situación que a su juicio es homologable a las entidades territoriales.

Así pues al ser el Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente –DAMA, ahora Secretaría Distrital de Ambiente, una organización autónoma y cabeza en materia ambiental en el Distrito Capital, sus decisiones carecen de superior funcional dentro de la organización estructural del Distrito.

5.5.- Se abstuvo de condenar en costas, por cuanto en la conducta procesal de las partes no se avizó conductas de mala fe, abuso del derecho, ni podían ser calificadas como temerarias, maliciosas ni malintencionadas, presupuestos éstos indispensables para adoptar este tipo de decisión, de conformidad con el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998.

VI. EL RECURSO DE APELACION

Rad. Núm.: 25000 2324 000 2002 00456 02
Actor: VALTRONIK S.A.

El **demandante** inconforme con la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca interpuso recurso de apelación expresando lo siguiente:

6.1.- El principio de rigor subsidiario en materia ambiental entendido como la posibilidad que tienen las autoridades de establecer reglamentaciones más estrictas no puede llegar al absurdo de exceder los límites previstos en la ley. En tal sentido no puede ahora una reglamentación distrital afirmar que un aviso o valla o informador es publicidad exterior visual, cuando la ley dice expresamente que no lo es.

6.2.- En relación con la posibilidad de que se conceda el recurso de apelación, aseguró que de conformidad con el artículo 4º de la Ley 99 de 1993 en Colombia existe el Sistema Nacional Ambiental (en adelante SINA), disposición ésta que debe ser leída de manera armónica con el artículo 63 ibídem que prevé que los actos administrativos son apelables por naturaleza ante la entidad jerárquicamente superior dentro de ese sistema.

Agregó que como el citado artículo 63 se encontraba vigente al momento de expedirse las resoluciones demandadas (antes de que la Corte Constitucional declarara su inexecutable en el 2007), entonces era plenamente aplicable.

6.3. En lo que concierne a las normas relacionadas con el procedimiento administrativo sancionatorio adujo que como está vedado a las autoridades administrativas crearlo, es decir, es potestad exclusiva del Legislador la creación de este tipo de procedimientos, la norma que debió aplicarse fue el Decreto 1594 de 1984 (por virtud de la remisión de la Ley 99 de 1993) y no

Rad. Núm.: 25000 2324 000 2002 00456 02
Actor: VALTRONIK S.A.

el Decreto Distrital 959 de 2000.

Siendo ello así, el Decreto 1594 de 1984 en los artículos 214 y 215 dispone expresamente que las providencias que impongan sanciones o exoneren de responsabilidad son pasibles de los recursos de reposición y apelación.

6.4.- Indicó que las normas ambientales si bien deben interpretarse a favor del medio ambiente, también deben tener en cuenta la favorabilidad del administrado siempre que no entren en conflicto los dos intereses. Como consecuencia, el que se concediera el recurso de apelación en nada afectaba recurso natural alguno y en cambio, sí era favorable para VALTRONIK S.A., de modo que debió concederse, so pena de desconocer el derecho al debido proceso.

Lo anterior, a juicio del recurrente, no sólo vulnera el mencionado derecho sino que además viola el principio de legalidad pues la autoridad ambiental está omitiendo el cumplimiento de un deber legal que es conceder un recurso.

6.5.- Señaló que las resoluciones que impusieron las sanciones a la actora debieron circunscribirse al cargo imputado, esto es, contaminación visual. Visto ello, sólo puede sancionarse cuando existe prueba técnica de que efectivamente se desconocieron las cantidades, concentraciones o niveles de impacto permitido en lo que se pueda reputar como publicidad exterior visual (Ley 23 de 1973).

No obstante, a juicio de la memorialista, los informadores electrónicos no son publicidad exterior visual y por lo tanto no podía serle exigido un

Rad. Núm.: 25000 2324 000 2002 00456 02
Actor: VALTRONIK S.A.

parámetro determinado.

A su turno, el artículo 18 ibídem, establece que la demostración de la contaminación debe ser técnica, lo cual no aparece acreditado dentro del expediente administrativo.

6.6.- Indicó que el Decreto 959 de 2000 fue expedido con base en el principio de rigor subsidiario, pero que el inciso quinto del artículo 60 de la Ley 99 de 1993 dispone que los reglamentos expedidos en esa forma tendrán una vigencia transitoria, nunca mayor a sesenta (60) días, salvo que el Ministerio de Ambiente hubiese prorrogado expresamente esa vigencia o le hubiese dado carácter permanente, situación que no aconteció pues no se aprecia en ninguna parte que el citado Ministerio haya hecho una de las dos actuaciones enunciadas.

Todo lo anterior conduce a pensar que el desmonte de los informadores se realizó con base en un Decreto que para ese momento había perdido vigencia, y por tanto las Resoluciones que lo aplicaron son nulas al fundarse en disposiciones inexistentes.

6.7.- Solicitó nuevamente se condene al pago de la suma señalada por daño emergente y lucre cesante en el dictamen pericial decretado en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

VII. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

8.1.- El apoderado del **DAMA** solicitó se confirmara la sentencia apelada trayendo una transcripción parcial de los argumentos que tuvo en cuenta el

Rad. Núm.: 25000 2324 000 2002 00456 02
Actor: VALTRONIK S.A.

Tribunal Administrativo de Cundinamarca para tomar la decisión de negar las pretensiones a VALTRONIK S.A.

8.2.- El apoderado de la **actora** también presentó alegatos de conclusión reiterando lo expuesto en el recurso de apelación, y agregando que se encontraba probado en el proceso el monto de los perjuicios causados con la expedición de las resoluciones acusadas (dictamen pericial rendido por Luz Ángela Martínez Sarmiento).

VIII.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público no rindió concepto en el asunto.

IX.- LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el asunto *sub lite*, previas las siguientes

Rad. Núm.: 25000 2324 000 2002 00456 02
Actor: VALTRONIK S.A.

X.- CONSIDERACIONES

Advierte la Sala que el problema jurídico gira en torno a dilucidar los siguientes aspectos: (i) definir si los informadores son publicidad exterior visual atendiendo al cargo de desconocimiento del principio de rigor subsidiario. (ii) determinar si la decisión del DAMA al sancionar a la actora fue congruente con el cargo imputado y si éste fue acreditado de acuerdo con las exigencias legales. (iii) establecer el régimen legal aplicable a la situación jurídica de la demandante. (iv) precisar cuál debió ser el procedimiento sancionatorio ambiental aplicable a VALTRONIK S.A. (v) definir si procedía el recurso de apelación contra la decisión sancionatoria del DAMA y (vi) definir si hay lugar a acceder a la pretensión de restablecimiento del derecho en la forma indicada por el recurrente, esto es, a partir del dictamen pericial practicado en primera instancia.

10.1.- Publicidad Exterior Visual⁰

10.1.1.- El cargo que expone la demandante en el recurso tiene que ver con el alcance del concepto de publicidad exterior visual. Es por ello que a continuación la Sala expondrá las normas que regulan este tema:

La Ley 140 de 1994⁹ determina qué debe entenderse por publicidad exterior visual en su artículo 1º:

⁹ “Por la cual se reglamenta la publicidad exterior visual en el territorio nacional”.

Rad. Núm.: 25000 2324 000 2002 00456 02
Actor: VALTRONIK S.A.

“Artículo 1°.- Campo de la aplicación. La presente Ley establece las condiciones en que puede realizarse Publicidad Exterior Visual en el Territorio Nacional.

Se entiende por Publicidad Exterior Visual, el medio masivo de comunicación destinado a informar o llamar la atención del público a través de elementos visuales como leyendas, inscripciones, dibujos, fotografías, signos o similares, visibles desde las vías de uso o dominio público, bien sean peatones o vehiculares, terrestres, fluviales, marítimas o aéreas.

No se considera Publicidad Exterior Visual para efectos de la presente Ley, la señalización vial, la nomenclatura urbana o rural, la información sobre sitios históricos, turísticos y culturales, y aquella información temporal de carácter educativo, cultural o deportivo que coloquen las autoridades públicas u otras personas por encargo de éstas, que podrá incluir mensajes comerciales o de otra naturaleza siempre y cuando éstos no ocupen más del 30% del tamaño del respectivo mensaje o aviso. Tampoco se considera Publicidad Exterior Visual las expresiones artísticas como pinturas o murales, siempre que no contengan mensajes comerciales o de otra naturaleza.” (Subrayado fuera de texto).

Como se observa el Legislador adopta una técnica legislativa de excepción, al señalar cuáles actividades no se enmarcan dentro de lo que denomina publicidad exterior visual, para luego determinar que aquello que no se encuentre dentro de ese campo sí debe ser considerado como tal, veamos:

- a. No constituye publicidad exterior visual los medios de comunicación destinados a dar información vial, histórica, turística y cultural;
- b. No es publicidad exterior visual aquella con contenido educativo, cultural o deportivo que publiquen las autoridades públicas u otras personas por encargo de éstas. Este tipo de publicidad pueden incluir mensajes comerciales que no ocupen más del 30% del tamaño del respectivo mensaje o aviso.
- c. No constituye publicidad exterior visual las expresiones artísticas y sobre ellas no se podrán publicar mensajes de ninguna naturaleza.

Rad. Núm.: 25000 2324 000 2002 00456 02
Actor: VALTRONIK S.A.

10.1.2.- A su turno, el Decreto 959 del 1º de noviembre de 2000¹⁰ proferido por el Alcalde Mayor de Bogotá definió el campo de aplicación de ese acto así:

*“**ARTICULO 2. Campo de aplicación.** Se entiende por publicidad exterior visual el **medio masivo de comunicación, permanente o temporal, fijo o móvil, que se destine a llamar la atención del público a través de leyendas o elementos visuales en general, tales como dibujos, fotografías, letreros o cualquier otra forma de imagen que se haga visible desde las vías de uso público, bien sean peatonales, vehiculares, aéreas, terrestres o acuáticas, y cuyo fin sea comercial, cívico, cultural, político, institucional o informativo.** Tales medios pueden ser vallas, avisos, tableros electrónicos, pasacalles, pendones, colombinas, carteleras, mogadores, globos, y otros similares.*

Aun conservando las características atrás anotadas, no se entenderá como publicidad exterior visual las señales viales, la nomenclatura y la información sobre sitios de interés histórico, turístico, cultural o institucional de la ciudad, siempre que tales señales sean puestas con la autorización de la Administración Distrital.”

De la lectura de éste artículo, se desprende que el Distrito Capital restringió el concepto de lo que no debe entenderse como publicidad exterior visual sólo a un supuesto en desarrollo del principio de rigor subsidiario¹¹:

- a. No se entiende publicidad exterior visual las señales viales, nomenclatura sobre sitios de carácter histórico, cultural o institucional de la ciudad.

¹⁰ Que compiló el Acuerdo 01 de 1998 y el 12 de 2000 proferidos por el Concejo Distrital de Bogotá.

¹¹ Artículo 63 de la Ley 99 de 1993: “(...) **Principio de Rigor Subsidiario.** Las normas y medidas de policía ambiental, es decir aquellas que las autoridades medioambientales expidan para la regulación del uso, manejo, aprovechamiento y movilización de los recursos naturales renovables, o para la preservación del medio ambiente natural, bien sea que limiten el ejercicio de derechos individuales y libertades públicas para la preservación o restauración del medio ambiente, o que exijan licencia o permiso para el ejercicio de determinada actividad por la misma causa, podrán hacerse sucesiva y respectivamente más rigurosas, pero no más flexibles, por las autoridades competentes del nivel regional, departamental, distrital o municipal, en la medida en que se descende en la jerarquía normativa y se reduce el ámbito territorial de las competencias, cuando las circunstancias locales especiales así lo ameriten, en concordancia con el artículo 51 de la presente Ley.”

Rad. Núm.: 25000 2324 000 2002 00456 02
Actor: VALTRONIK S.A.

En otras palabras, las expresiones artísticas y las de contenido educativo, cultural y deportivo que se encarguen por autoridades públicas sí son publicidad exterior visual a la luz del Decreto 959 de 2000, independientemente de si su publicación se da por encargo de autoridades públicas y del porcentaje de mensajes comerciales que se incluyan en el medio de comunicación.

10.1.3.- Visto lo anterior, es evidente que los informadores de propiedad de la sociedad VALTRONIK S.A. son publicidad exterior visual en la modalidad de vallas, pues aunque transmiten algunos mensajes culturales, educativos, entre otros, se trata de mensajes esencialmente comerciales. Así lo determinó la Defensoría del Espacio Público cuando mediante Oficio No. 2000ER35551 del 5 de diciembre de 2000 le informó al DAMA la situación de la demandante:

“A claras luces se advierte que, los Informadores Electrónicos Públicos instalados por VALTRONIK S.A. en la ciudad, no están al servicio, uso y disfrute del público, por lo que, aunque ofrecen información y orientación que pueden en algún momento dado mejorar las condiciones de seguridad, tranquilidad e higiene de sus habitantes, ella tiene esencialmente un objetivo comercial: Por tanto, no pueden considerarse amoblamiento o mobiliario urbano.

Tampoco se ajustan a la clasificación considerada como no Publicidad Exterior Visual, por cuanto los mensajes comerciales que se transmiten o que se encuentran fijados en él, ocupan mucho más del 30% del tamaño del respectivo informador electrónico. Hecho que se evidencia claramente en la fotografía que se anexa como prueba.

Con base en lo anterior, la única clasificación donde encuadran los Informadores Electrónicos Públicos, es en la Publicidad Exterior Visual, siendo considerados como vallas al tenor de lo preceptuado por el literal d) del artículo 10 del Decreto 959 de 2000.”¹²

¹² Folio 4 Anexo 3.

Rad. Núm.: 25000 2324 000 2002 00456 02
Actor: VALTRONIK S.A.

10.1.4.- Ahora, la demandante cuestiona el artículo 2º del citado Decreto manifestando que el Distrito no podía, so pretexto de aplicar el principio de rigor subsidiario, llegar al absurdo de exceder los límites previstos en el artículo 2º de la Ley 140 de 1994, al darle un alcance que no tiene a la definición de publicidad exterior visual.

Al respecto advierte la Sala que la inconformidad del demandante entonces se centra en discutir la validez de la disposición anotada, cuestión ésta que escapa del examen de legalidad que ahora nos ocupa, y que aun cuando se admitiera tal posibilidad, esa norma se encuentra amparada por el principio de legalidad, lo que conduce a concluir que es aplicable mientras el Juez Administrativo no determine lo contrario.

10.2.- Adecuación jurídica de la conducta reprochada

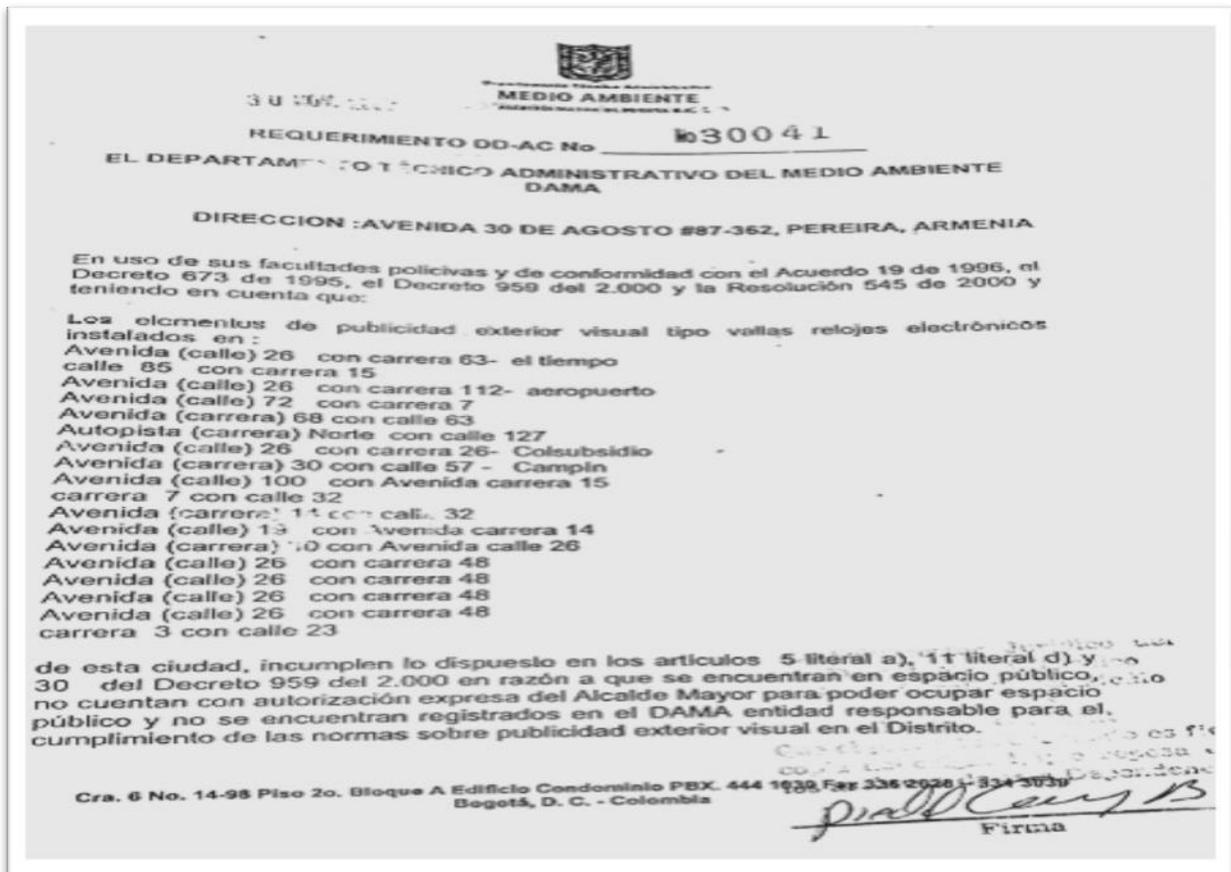
10.2.1.- Asegura la actora que las resoluciones que le impusieron debieron circunscribirse al cargo imputado, esto es, contaminación visual. Visto ello, sólo puede sancionarse cuando existe prueba técnica de que efectivamente se transgredieron las cantidades, concentraciones o niveles de impacto permitido (artículo 18 Ley 23 de 1970).

10.2.2.- Pues bien, para estos efectos resulta determinante verificar cuáles fueron las razones o motivos que llevaron al DAMA a imponer la sanción que se discute en el plenario.

En el Requerimiento No. 30041 del 30 de noviembre de 2000¹³ se observa lo siguiente:

¹³ Folio 888 Anexo 4.

Rad. Núm.: 25000 2324 000 2002 00456 02
Actor: VALTRONIK S.A.



Se desprende de lo anterior que la investigación sancionatoria se abrió con ocasión del incumplimiento de normas que regulan el espacio público.

En la Resolución No. 232 del 14 de febrero de 2001 se consideró “*Que el jefe de la Unidad Legal Ambiental de éste Departamento realizó mediante el Oficio No. 2001BB724 del 10 de enero de 2001, a la empresa VALTRONIK S.A., adecuación jurídica según la cual los **elementos de publicidad exterior visual relacionados con el requerimiento DAMA DD-AC No. 30041 del noviembre 30 de 2000 se encuentran en espacio público y no cuentan con autorización del Alcalde Mayor. Lo anterior en los***

Rad. Núm.: 25000 2324 000 2002 00456 02
Actor: VALTRONIK S.A.

términos del artículo 5 literal a) y Artículo 11 literal d del Decreto 959 de 2000. (negrita fuera de texto).¹⁴

10.2.3.- De la lectura de los dos actos administrativos la Sala advierte que el reproche del DAMA consistió en la vulneración de normas de espacio público, pues a su juicio, los informadores de VALTRONIK S.A. se habían instalado sobre tal espacio en contravención del literal a del artículo 5 del Decreto 959 de 2000 y del literal d) del artículo 11 ibídem.

“ARTICULO 5. Prohibiciones. *No podrá colocarse publicidad exterior visual en los siguientes sitios:*

a) En las áreas que constituyan espacio público de conformidad con las normas distritales y la Ley 9ª de 1989, o con las normas que lo modifiquen, complementen o sustituyan;”

ARTICULO 11. Ubicación. *Las vallas en el distrito capital podrán ubicarse en los inmuebles ubicados en vías tipo V-0 y V-1, V-2, en un ancho mínimo de 40 metros.*

Sobre las vías V-0 y V-1 las vallas no podrán instalarse en zonas residenciales especiales.

Las vallas deberán cumplir las siguientes condiciones:

(...)

d) Medios informativos electrónicos. *En los tableros o vallas electrónicas se podrá anunciar únicamente información ambiental, servicios públicos, medidas o sistemas de seguridad o transporte, prevención de riesgos, así como campañas culturales, cívicas, de recreación y salud pública. Podrán instalarse excepcionalmente sobre espacio público de acuerdo con el reglamento que el Alcalde Mayor expida para el caso. Estos elementos no podrán anunciar electrónicamente marca, producto o servicio con propósito comercial alguno. El área expuesta del elemento será inferior a 8 metros cuadrados. Quienes patrocinen la colocación de tableros electrónicos tendrán derechos a hacer anuncios publicitarios fuera del tablero electrónico en un área no mayor al 10%, y”*

¹⁴ Folio 16 Cuaderno número 1.

Rad. Núm.: 25000 2324 000 2002 00456 02
Actor: VALTRONIK S.A.

No coincide la Sala con el argumento de la empresa demandante cuando indica que debió allegarse estudio técnico que acreditara la contaminación visual que producían sus instaladores, pues lo cierto es que el DAMA siempre le endilgó la vulneración de normas que prohibía la ubicación de publicidad exterior visual sobre espacio público sin autorización del Alcalde Mayor de Bogotá.

En tal contexto, este cargo también debe ser desestimado.

10.3.- Procedimiento sancionatorio ambiental aplicable a VALTRONIK S.A.

Del examen de las actuaciones de las partes en éste proceso se desprende que el DAMA consideró que el procedimiento a aplicar debía ser el consagrado en el Decreto 959 de 2000 en consonancia con la Ley 99 de 1993 y no el que dispone el Decreto 1594 de 1984, porque resultaba menos gravoso para los infractores, dada la cuantía de las multas consagrada en una y otra disposición.

No obstante, del estudio de las normas contenidas en la Ley 99 de 1993 no se observa ninguna que se refiera al procedimiento que echa de menos el actor, por el contrario, lo que sí se advierte es el establecimiento de la tipología de sanciones¹⁵ en materia ambiental.

Ahora bien, el DAMA también invocó la aplicación del Decreto 959 de 2000, pues a su juicio determina el procedimiento administrativo aplicable a

¹⁵ Artículos 83 a 86.

Rad. Núm.: 25000 2324 000 2002 00456 02
Actor: VALTRONIK S.A.

VALTRONIK S.A., dado que dicha norma se encargó de regular en el ámbito distrital todos los aspectos relacionados con publicidad exterior visual. En la parte considerativa de la Resolución No. 034 del 13 de febrero de 2002 se da cuenta de ello:

“Al existir en el Distrito Capital una reglamentación especial, contenida en el decreto 959 de 2000, que en sus artículos 31 y 32 consagra el régimen sancionatorio, señalando tanto las sanciones a imponer a los infractores de la normatividad sobre publicidad exterior visual, como el procedimiento a seguir para el efecto, no es procedente acudir al procedimiento sancionatorio previsto en el Decreto 1594 de 1984 de conformidad con lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley 99 de 1993, que por otra parte, podría llegar a ser más gravoso para los infractores, pues señala la posibilidad de imponer multas diarias hasta por una suma equivalente a 300 salarios mínimos mensuales, mientras que el Decreto 959 de 2000 solamente prevé multas hasta por una suma equivalente a 10 salarios mínimos mensuales.” (Folio 8 Anexo 1).
(Resaltado fuera de texto)

Efectuada la revisión del citado Decreto Distrital lo que se hallan son las sanciones a las que se harán acreedores quienes desconozcan las normas sobre publicidad exterior visual, tal y como acontece con la Ley 99 de 1993. No se observa procedimiento alguno que deba agotarse o que conduzca o de lugar a la imposición de esas sanciones.

Siendo ello así, la Sala coincide con la sociedad actora cuando invocó la vulneración del derecho al debido proceso arguyendo que el DAMA no había adelantado el procedimiento que el ordenamiento prevé para estos efectos, toda vez que del estudio de las disposiciones aplicables a este caso se concluye que la única normativa vigente al momento en que se adelantó la investigación a VALTRONIK S.A., y que preveía un procedimiento sancionatorio en materia ambiental era el Decreto 1594 de 1984.

Rad. Núm.: 25000 2324 000 2002 00456 02
Actor: VALTRONIK S.A.

Lo anterior se ratifica con la expedición de la Ley 1333 de 2009 cuando en el artículo 64 indica que los procesos sancionatorios ambientales en los que se hayan formulado cargos antes de su entrada en vigencia se continuarán aplicando el procedimiento del Decreto 1594 de 1984:

“Artículo 64. Transición de procedimientos. El procedimiento dispuesto en la presente ley es de ejecución inmediata. Los procesos sancionatorios ambientales en los que se hayan formulado cargos al entrar en vigencia la presente ley, continuarán hasta su culminación con el procedimiento del Decreto 1594 de 1984.”

En tal orden, el régimen procedimental era el previsto en los artículos 197 a 209 del citado Decreto, disposiciones en las cuales se prevén las siguientes etapas: la apertura de investigación, la notificación personal de los cargos al presunto infractor, la oportunidad para los descargos y la petición de pruebas, la apertura de la etapa probatoria y finalmente la imposición de la sanción si a ello hay lugar¹⁶.

¹⁶ **Artículo 197.** *El procedimiento sancionatorio se iniciará de oficio, a solicitud o información de funcionario público, por denuncia o queja presentada por cualquier persona, o como consecuencia de haberse tomado previamente una medida preventiva o de seguridad.*

Artículo 198. *Aplicada una medida preventiva o de seguridad, sus antecedentes deberán obrar dentro del respectivo proceso sancionatorio.*

Artículo 199. *El denunciante podrá intervenir en el curso de procedimiento para ofrecer pruebas o para auxiliar al funcionario competente cuando éste lo estime conveniente.*

Artículo 200. *Si los hechos materia del procedimiento sancionatorio fueren constitutivos de delito, se ordenará ponerlos en conocimiento de la autoridad competente acompañándole copia de los documentos del caso*

Artículo 201. *La existencia de un proceso penal o de otra índole, no dará lugar a la suspensión del procedimiento sancionatorio.*

Artículo 202. *Conocido el hecho o recibida la denuncia o el aviso, el Ministerio de Salud o su entidad delegada ordenará la correspondiente investigación, para verificar los hechos o las omisiones constitutivas de infracción a las normas del presente Decreto.*

Artículo 203. *En orden a la verificación de los hechos u omisiones, podrán realizarse todas las diligencias que se consideren necesarias, tales como visitas, toma de muestras, exámenes de laboratorio, mediciones, pruebas químicas o de otra índole y en especial las que se deriven del Capítulo XIV del presente Decreto.*

Artículo 204. *Cuando el Ministerio de Salud o su entidad delegada encuentren que aparece plenamente comprobado que el hecho investigado no ha existido, que el presunto infractor no lo cometió, que el presente Decreto, sus disposiciones complementarias, o las normas legales sobre usos del agua y residuos líquidos no lo consideran como infracción o lo permiten, así como que el*

Rad. Núm.: 25000 2324 000 2002 00456 02
Actor: VALTRONIK S.A.

Concebir, como lo sugiere el DAMA, que en el Decreto 959 de 2000 expedido por el Alcalde del Distrito Capital se estableció un procedimiento sancionatorio, es tanto como desconocer el principio de legalidad que rige esta materia, entendido como que es potestad exclusiva del Legislador la de crear procedimientos de éste tipo¹⁷ y que las autoridades administrativas

procedimiento sancionatorio no podía iniciarse o proseguirse, procederá a declararlo así y ordenará cesar todo procedimiento contra el presunto infractor.

La decisión deberá notificarse personalmente al presunto infractor.

Artículo 205. *Realizadas las anteriores diligencias, mediante notificación personal, se pondrán en conocimiento del presunto infractor los cargos que se le formulen. El presunto infractor podrá conocer y examinar el expediente de la investigación.*

Artículo 206. *De la imposibilidad de notificar personalmente. Si no fuere posible hacer la notificación por no encontrarse el representante legal o la persona jurídicamente apta, se dejará una citación escrita con un empleado o dependiente responsable del establecimiento, para que la persona indicada concurra a notificarse dentro de los cinco (5) días calendario siguientes. Si no lo hace se fijará un edicto en la Secretaría del Ministerio de Salud o su entidad delegada, durante otros cinco (5) días calendario, al vencimiento de los cuales se entenderá surtida la notificación.*

Artículo 207. *Dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al de la notificación, el presunto infractor, directamente o por medio de apoderado, podrá presentar sus descargos por escrito y aportar o solicitar la práctica de las pruebas que considere pertinentes y que sean conducentes.*

Parágrafo. *La totalidad de los costos que demande la práctica de pruebas serán de cargo de quien las solicite.*

Artículo 208. *El Ministerio de Salud o su entidad delegada decretará la práctica de las pruebas que consideren conducentes, las que llevarán a efecto dentro de los treinta (30) días siguientes, término que podrá prorrogarse por un período igual, si en el inicial no se hubiere podido practicar las decretadas.*

Artículo 209. *Vencido el término de que trata el artículo anterior y dentro de los diez (10) días hábiles posteriores al mismo, el Ministerio de Salud o su entidad delegada procederá a calificar la falta y a imponer la sanción que considere del caso de acuerdo con dicha calificación."*

¹⁷ Esta posición ha sido uniforme, reiterada y pacífica en el Consejo de Estado. Por ejemplo en sentencia del 8 de mayo de 1997 proferida dentro del proceso número 3714, la Sección Primera consideró lo siguiente: "Dicha resolución, se refiere a materias reguladas en la parte primera del código contencioso administrativo, sobre los llamados "procedimientos administrativos", como sucede con el trámite de los recursos, o a materias propias del código de procedimiento civil, como son las relacionadas con las pruebas, impedimentos y recusaciones, a manera de ejemplo. La competencia exclusiva y excluyente para regular las materias de esta naturaleza es del legislador, pues no puede éste siquiera otorgar facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir o reformar códigos. Si esta limitación de competencia de naturaleza constitucional es predicable del Presidente de la República, aún en los casos de ejercicios de facultades propias del poder reglamentario. Y qué decir de las facultades de los agentes del Presidente de la República en estas materias, como es del caso de los Superintendentes y en el caso sub examine el del Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios?. No pueden funcionarios de esta última categoría alegar competencia constitucional, ni legal, para expedir resoluciones de carácter reglamentario en estas materias. Cuando el Superintendente a través de los actos acusados, en

Rad. Núm.: 25000 2324 000 2002 00456 02
Actor: VALTRONIK S.A.

deben orientar sus actuaciones en apego a las normas que para cada caso prevé el ordenamiento jurídico, dado que se trata del ejercicio de una potestad reglada y no discrecional y del cumplimiento del mandato constitucional del artículo 6:

“ARTICULO 6. *Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.”*

Siendo ello así, la Sala advierte que en la actuación administrativa no hubo lugar a la apertura de un periodo probatorio y menos aún, a la oportunidad de pedir o practicar pruebas que determinaran el ejercicio del derecho de defensa que garantizaba el Decreto 1594 de 1984 y a que la Administración pudiese obtener convicción plena de que la conducta desplegada por la demandante debía ser reprochada.

En consecuencia, deberán estimarse las pretensiones ante la prosperidad de este cargo, lo cual hace inocuo el análisis del relacionado con la procedencia del recurso de apelación.

ejercicio de las atribuciones constitucionales, legales y en especial de las que le confieren las leyes 142 y 143 de 1994, así como el decreto 548 de 1995, reglamenta los procedimientos para el trámite de los recursos, incurre en un exceso de poder, ya que la competencia en dicho campo está reservada al legislador.”

En igual sentido se ha pronunciado ésta Sección en providencia más reciente: *“De allí que, en sub lite, cuando el Gerente General del ICA adoptó el procedimiento administrativo sancionatorio de dicho Instituto, a través de la Resolución núm. 001292 de 10 de mayo de 2005, incurrió en exceso o usurpación de poder, pues la competencia en este asunto está reservada al Legislador, razón por la cual es evidente que la misma resulta también ser inaplicable por ser violatoria de los principios constitucionales en mención.*

Las consideraciones precedentes conducen a la Sala a la conclusión de que el Instituto Colombiano Agropecuario no tenía competencia para expedir los actos administrativos demandados con fundamento en el Decreto Reglamentario núm. 1840 de 3 de agosto de 2005, expedido por el Gobierno Nacional y las Resoluciones núms. 00148 de 18 de enero de 2005 y 001292 de 10 de marzo de 2005, expedidas por el Gerente General del ICA, ya que estas normas son inaplicables en el presente proceso, por ser violatorias de los principios de responsabilidad jurídica y de legalidad, consagrados en los artículos 6º y 29 de la Constitución Política.”¹⁷

Rad. Núm.: 25000 2324 000 2002 00456 02
Actor: VALTRONIK S.A.

10.4.- La pretensión de restablecimiento del derecho

10.4.1.- Al estimar la cuantía la demandante indicó un monto de dos mil millones ochocientos veintisiete mil trescientos setenta y seis mil setecientos setenta pesos (\$ 2.827.376.770.00), solicitando que un perito contable determinara con exactitud el daño emergente y lucro cesante sufrido por VALTRONIK S.A.¹⁸

10.4.2.- En auto del 11 de marzo de 2004¹⁹ el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó la prueba pericial, que fue practicada por la Contadora pública Luz Ángela Martínez Sarmiento según consta a folios 415 a 418 del Cuaderno 1 A, en el que se evidencia la siguiente conclusión:

“4. Resumen estimación daño emergente, Lucro cesante y Cláusula Penal

*Concluyendo y resumiendo la estimación del daño emergente, lucro cesante y cláusula penal, a 30 de junio de 2004, se considera con corte a este periodo un total de \$ 4.206.192.477.00, lo cual se observa en el **ANEXO No. 04 del dictamen pericial.**”*

10.4.3.- Al respecto, debe tenerse en cuenta el criterio jurisprudencial de la Sala según el cual, aun cuando el dictamen pericial no haya sido materia de objeciones por las partes, corresponde al juez contencioso determinar su mérito probatorio en aplicación de las reglas de la experiencia y las normas que rigen la apreciación del respectivo medio de convicción. Al respecto, en la sentencia del 19 de agosto de 2009, se dijo por la Sección Tercera:

Cabe advertir que de conformidad con el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, la peritación como medio de prueba es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales

¹⁸ Folio 320 Cuaderno número 1.

¹⁹ Folio 407 del Cuaderno número 1A.

Rad. Núm.: 25000 2324 000 2002 00456 02
Actor: VALTRONIK S.A.

conocimientos científicos, técnicos o artísticos. El perito debe informarle razonadamente al juez lo que de acuerdo con esos conocimientos especializados sepa de los hechos –y no cuestiones de derecho- que se sometan a su experticio, sin importarle a cuál de las partes beneficia o perjudica, de manera que su dictamen debe ser personal²⁰ y contener conceptos propios sobre las materias objeto de examen y no de otras personas por autorizadas que sean, sin perjuicio de que pueda utilizar auxiliares o solicitar por su cuenta el concurso de otros técnicos, bajo su dirección y responsabilidad (numeral 2 del artículo 237 del C. de P. Civil).

Por su parte, el artículo 241 ibídem señala que al valorar o apreciar el juez el dictamen de los peritos tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso. Con esto se quiere significar que el juez es autónomo para valorar el dictamen y verificar la lógica de sus fundamentos y resultados, toda vez que el perito es un auxiliar de la justicia, pero él no la imparte ni la administra, de manera que el juez no está obligado a “... aceptar ciegamente las conclusiones de los peritos, pues si ello fuese así, estos serían falladores...”²¹.

En suma, el juez está en el deber de estudiar bajo la sana crítica el dictamen pericial y en la libertad de valorar sus resultados; si lo encuentra ajustado y lo convence, puede tenerlo en cuenta total o parcialmente al momento de fallar; o desechar sensatamente y con razones los resultados de la peritación por encontrar sus fundamentos sin la firmeza, precisión y claridad que deben estar presentes para ilustrar y transmitir el conocimiento de la técnica, ciencia o arte de lo dicho²².

Según el criterio jurisprudencial antes citado, para que una prueba pericial tenga el mérito probatorio y pueda ser tenida en cuenta para resolver la causa, el dictamen debe ser personal y no debe estar basado en apreciaciones de otros sujetos –no identificados ni acreditados en el

²⁰ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Compendio de Derecho Procesal, Tomo II, Pruebas Judiciales*, Editorial ABC, 1984, págs. 339 y ss.

²¹ PARRA QUIJANO, Jairo, *Manual de Derecho Probatorio*, Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2004, pág. 649.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2009, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, radicación n.º 25000-23-26-000-1994-09783-01(17957), actor: Dora Isabel Pinzón de Triana, demandado: Empresa de Energía de Bogotá. En el mismo sentido consultar: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de abril de 2007, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, radicación n.º 25000-23-27-000-2001-00009-01(AG), actor: Antiguos asociados de CUPOCRÉDITO y otros, demandado: Nación-Superintendencia Bancaria.

Rad. Núm.: 25000 2324 000 2002 00456 02
Actor: VALTRONIK S.A.

proceso- a los que el juez no haya pedido concepto alguno. Además, los peritos deben informar al juez los criterios científicos que se tuvieron en cuenta para llegar a las conclusiones que se consignan en el informe, elementos éstos que servirán de base para que el medio probatorio pueda ser debidamente apreciado en el momento de fallar.

10.4.4.- En el caso concreto, la Sala observa que el dictamen pericial que reposa en el expediente, no resiste análisis crítico alguno y por lo tanto no cumple con las características que son necesarias para que el mismo pueda ser apreciado, razón por la cual habrá de proferirse una condena en abstracto, atendiendo lo dispuesto en el artículo 172 del C.C.A.²³ según pasa a explicarse.

10.4.5.- Daño emergente

Esta Sala observa que el punto de partida para calcular el daño emergente debe ser el momento de la desinstalación de los informadores electrónicos que, según consta en el Informe Técnico número 3077, se produjo el 22 de abril de 2002²⁴, pues es con ella que se produce la afectación a esos bienes de propiedad de la empresa actora.

²³ “**Artículo 172. Condenas en abstracto.** Las condenas al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios y otros semejantes, impuestas en auto o sentencia, cuando su cuantía no hubiere sido establecida en el proceso, se hará en forma genérica, señalando las bases con arreglo a las cuales se hará la liquidación incidental, en los términos previstos en los artículos 178 del Código Contencioso Administrativo y 137 del Código de Procedimiento Civil.

Quando la condena se haga en abstracto se liquidará por incidente que deberá promover el interesado, mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de aquel o al de la fecha de la notificación del auto de obediencia al superior, según fuere el caso. Vencido dicho término caducará el derecho y el Juez rechazará de plano la liquidación extemporánea. Dicho auto es susceptible del recurso de apelación.”

²⁴ Folios 1122 y 1123 del Anexo No. 2.

Rad. Núm.: 25000 2324 000 2002 00456 02
Actor: VALTRONIK S.A.

Al revisar las resoluciones que se acusan se observa que la medida sancionatoria recayó sobre quince (15) informadores de propiedad de la sociedad VALTRONIK S.A.

No obstante, del examen del dictamen pericial se advierte que el daño emergente actualizado a 30 de junio de 2004, consiste en el valor de los catorce (14) informadores, del cual resulta una suma de \$ 1.963.799.278, por concepto de su diseño, fabricación y puesta en funcionamiento, excluyendo, al parecer a uno de ellos, esto es, el que se ubicaba sobre la Calle 85 con Carrera 15 de Bogotá D.C.

También se observa que nueve (9) de esos catorce (14) le fueron devueltos a la sociedad demandante y que por medio de Resolución No. 485 del 17 de mayo de 2002²⁵ el DAMA ordenó a VALTRONIK S.A. el pago de 306 salarios mínimos legales diarios vigentes por concepto del desmonte de la publicidad instalada en esos nueve (9) informadores de su propiedad; pero sobre este particular la parte actora no solicitó ningún tipo de restablecimiento.

En consecuencia, tampoco es posible dilucidar si esos cinco (5)²⁶ informadores le fueron devueltos a la demandante o si por el contrario continúan ubicados en donde originalmente los fijó la actora.

²⁵ Folios 1128 a 1130 del Anexo número 2.

²⁶ Las ubicadas en: Avenida Calle 72 con Carrera 7
Avenida Calle 100 con Avenida Carrera 15
Carrera 7 con Calle 32
Avenida Carrera 14 con Calle 32
Avenida Calle 26 con Carrera 48

Rad. Núm.: 25000 2324 000 2002 00456 02
Actor: VALTRONIK S.A.

Adicionalmente no se halla claridad sobre si el monto que estableció la perito por diseño, fabricación y puesta en funcionamiento visto en el primer cuadro explicativo del dictamen²⁷ se refiere al valor de diseño, fabricación y puesta en funcionamiento de los catorce (14) o al valor por esos conceptos de cada uno de los informadores.

Por las falencias ya anotadas, esta Sala deberá condenar en abstracto por daño emergente para que mediante trámite incidental que deberá adelantarse ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se liquide el valor que debe cancelar el DAMA a VALTRONIK S.A. teniendo en cuenta que nueve (9) de los catorce (14) que se registraron en el peritaje fueron devueltos a la actora y que el valor sobre los mismos deberá corresponder a los posibles daños en que se hubiera incurrido al momento de la desinstalación.

En relación con los cinco (5) restantes deberá acreditarse si continúan prestando algún servicio de publicidad o si también regresaron a manos de VALTRONIK S.A., y de acuerdo a ello establecer el valor a cancelar.

10.4.6.- Lucro cesante

Esta Sala observa que el punto para calcular el lucro cesante debe ser el momento de la notificación por edicto de la Resolución No. 0034 del 13 de enero de 2002²⁸, es decir, el 13 de febrero de 2002. (Folio 11 del Cuaderno No. 1).

²⁷ Folio 1 del dictamen pericial.

²⁸ Por medio de la cual el DAMA resolvió el recurso de reposición contra la Resolución No. 232 del 14 de febrero de 2001 por medio de la cual se sancionó a VALTRONIK S.A. y se ordenó el desmonte de los informadores electrónicos.

Rad. Núm.: 25000 2324 000 2002 00456 02
Actor: VALTRONIK S.A.

Presenta también una inconsistencia el dictamen cuando se refiere a que el Informador del Dorado CAN no se encuentra en el listado de los catorce (14) informadores a que aludió ese documento cuando hizo la estimación del daño emergente, pero sin embargo, respecto de esa valla hace la proyección de la suma que el DAMA debe cancelar por lucro cesante.

Aunado a lo anterior, se advierte que no se encuentran debidamente discriminados los ingresos por informador, debiendo entonces proceder a determinar esos rubros en el trámite incidental de liquidación, observando desde luego que sólo los contratos celebrados con anterioridad al 18 de febrero de 2002 sirven de base para calcular el lucro cesante que se solicita.

Obviamente, para determinar la suma a cancelar se deberá tener el soporte correspondiente, es decir, los contratos de publicidad que se hayan suscrito en el periodo ya previsto en el párrafo anterior.

Es preciso aclarar que el hecho de que en el proceso no existan bases suficientes para poder cuantificar un daño que, como en el caso de autos, aparece cierto y verdadero, no es razón suficiente para desestimar las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho pues, como lo ha dicho la doctrina, es necesario distinguir los conceptos de certeza del daño y de cuantificación del perjuicio, de tal forma que es posible que un daño cierto no sea cuantificable con las pruebas que obran en el proceso y que, en todo caso, sea factible que surja la responsabilidad, evento en el cual deberá el juez decretar en abstracto la condena, y fijar los criterios que sean necesarios para que, mediante un trámite incidental, se

Rad. Núm.: 25000 2324 000 2002 00456 02
Actor: VALTRONIK S.A.

realice la cuantificación del perjuicio. Al respecto dice el autor Juan Carlos Henao Pérez:

“Ahora bien, probada la existencia del daño en el proceso, de todas formas no se requiere probar en el mismo su cuantía para que la responsabilidad sea declarada. Como lo ha afirmado la jurisprudencia Colombiana, “una cosa es la ausencia de prueba del perjuicio y otra cosa es la falta de los elementos para hacer su tasación”²⁹. En efecto, en el primero de los casos se profiere una decisión desestimatoria, en tanto que en el segundo una condena in genere, la cual se resuelve en un incidente de liquidación de perjuicios³⁰ que se permite en la jurisdicción contencioso administrativa de conformidad con el artículo 172 del Código Contencioso Administrativo³¹. La diferencia entre los dos requisitos es importante, en la medida en que bien puede ocurrir que se pruebe el daño, pero sea difícil, por no decir imposible, probar su cuantía, caso en el cual, como ya se ha dicho, bien se puede aplicar el estándar mínimo del daño. Aún más, bien puede ocurrir, si se acepta la posición que aquí se toma, que en el incidente de liquidación de perjuicios el actor solicite que se aplique de oficio el estándar mínimo de daño, para que el juez desate el mismo en lugar de declarar extinguida la obligación y, también, que al igual que ocurre en el procedimiento civil, se inicie el abandono del incidente gracias a la técnica sugerida.

Es claro, entonces, que si se ha establecido la existencia del daño, su cuantificación es un problema secundario que en últimas puede suplirse por presunciones que tendrán por objeto expresar los estándares mínimos a los que ya nos hemos referido, y que serán aceptables en la medida en que la existencia del daño esté acreditada...³²”.

²⁹ [20] Consejo de Estado col., Sección Tercera, 10 de septiembre de 1993, C.P.: Dr. Montes Hernández, actor: Aurelio Tobón Mejía, exp. 6144.

³⁰ [21] Consejo de Estado col., Sección Tercera, 14 de septiembre de 1990, C.P.: Betancur Jaramillo, actor: Isamel Alvarado Peña, exp. 5707.

³¹ [22] Ver a nivel de ejemplo reciente: Consejo de Estado, Sección Tercera, 22 de mayo de 1997, C.P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Carmen Dolores Muñoz de Rey y otros, exp. 11131: “No hay duda en relación con el daño sufrido por los demandantes y que este consistió en el saqueo total de las mercancías que los demandantes tenían en los almacenes de su propiedad, así como en la casa de habitación del señor Rebolledo. Pero, en el proceso no existen los elementos probatorios necesarios para cuantificar ese perjuicio; en consecuencia, conforme lo dispone el art. 172 del C.C.A., la condena se ordenará in genere, para que sobre las bases que adelante se señalan y mediante el trámite incidental, se proceda a su liquidación”; 22 de mayo de 1997, C.P.: Dr. Hoyos Duque, actor: Luz Bernal de Pedraza y otros, exp. 10057; 3 de abril de 1997, C.P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Carlos Obdulio Castellanos, exp. 11093.

³² Henao Pérez, Juan Carlos, *El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del estado en derecho colombiano y francés*, Bogotá-1998, pp. 42 y 43.

Rad. Núm.: 25000 2324 000 2002 00456 02
Actor: VALTRONIK S.A.

10.4.7.- En los dos casos, es decir, las sumas que resultaren por concepto de daño emergente y lucro cesante deberán ser indexadas a la fecha del auto en el cual se resuelva el incidente, teniendo en cuenta la variación de los índices de precios al consumidor fijados por el DANE, de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$Ra = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

De donde:

-Rh: es el valor histórico a actualizar

-Índice Final: es el índice de precios al consumidor de la fecha del auto que resuelve el incidente

-Índice Inicial es el de la fecha del acta de entrega de la obra pública

(ii) Al valor histórico y para indemnizar el lucro cesante, se le aplicará el interés del 6% anual desde la fecha en la cual debió realizarse el pago, fecha de terminación de la ejecución de la obra, hasta la fecha del auto en que se resuelva el incidente, para lo cual se aplicará la siguiente fórmula:

$$I = \frac{C \times R \times T}{100}$$

Rad. Núm.: 25000 2324 000 2002 00456 02
Actor: VALTRONIK S.A.

De donde I: corresponde al interés liquidado; C es el capital, esto es, el valor del predio para febrero de 1994, fijado conforme a las pautas anteriores; R: es la rata mensual (0.5%) y T: es el tiempo o número de meses, que en el presente caso abarca desde la fecha de la ocupación hasta la fecha en la que se profiera el auto que resuelva el incidente.

10.5. Costas

De conformidad con lo establecido en el artículo 55 de la ley 446 de 1998 hay lugar a condenar en costas a la parte vencida, sólo en la medida en que su conducta sea temeraria porque no le asiste al demandar u oponerse *“un fundamento razonable, o hay de su parte una injustificada falta de colaboración en el aporte o práctica de pruebas, o acude a la interposición de recursos con un interés meramente dilatorio”*³³. En el caso concreto, la parte demandada, en cumplimiento de su deber legal, acudió al proceso, contestó la demanda, presentó excepciones, participó en la práctica de las pruebas, sin abusar de su derecho a acceder a la Administración de Justicia. Por lo tanto, no hay lugar a acceder a su reconocimiento.

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de las siguientes resoluciones proferidas por el DAMA: la número 0034 del 13 de enero de 2002, la número 763 del 4 de junio de 2001 y la número 232 del 14 de febrero de 2001.

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 18 de febrero de 1999, exp: 10.775, C. P. Ricardo Hoyos Duque.

Rad. Núm.: 25000 2324 000 2002 00456 02
Actor: VALTRONIK S.A.

TERCERO: CONDENAR EN ABSTRACTO al Distrito Capital – Secretaria Distrital de Ambiente, a pagar a la sociedad VALTRONIK S.A. por concepto de restablecimiento del derecho, la suma que incidentalmente se determine por daño emergente y lucro cesante, con base en las pautas que para tal efecto se establecieron en la parte motiva de la presente providencia. El incidente deberá proponerlo el interesado, dentro de los sesenta días siguientes a la notificación del auto de obediencia de la presente providencia.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

GUILLERMO VARGAS AYALA
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
Ausente con permiso